instrucciones de los gobiernos, y que el programa provisional debería aprobarse en su forma actual.

19. La Sra. XUE aprueba la propuesta del Sr. Tomka de dejar de lado por el momento esta cuestión e iniciar consultas oficiosas a fin de poder responder a las preocupaciones de todos los miembros. Esto no significa que las preocupaciones de los gobiernos de donde provienen los miembros no sean importantes, y es preciso tenerlas en cuenta.

20. El Sr. CANDIOTI recuerda que el tema de que se trata figura en el programa de la Comisión desde hace 20 años. Su preocupación no consiste entonces en saber por qué ha de incluirse sino por qué ha de excluirse.

21. El PRESIDENTE precisa que, la cuestión no consiste en determinar si se tiene el propósito de continuar los trabajos sobre el aspecto de la «responsabilidad», sino en decidir con arreglo a qué modalidades deberían incluirse los temas en el programa provisional.

22. El Sr. CHEE insiste en que, en virtud de su reglamento, la Comisión es un órgano independiente y autónomo. La petición del grupo de Estados compromete esa autonomía. Sin embargo, la Comisión no debe desconocer la cuestión de la responsabilidad. El Sr. Chee está de acuerdo por eso con las propuestas de los Sres. Pellet y Tomka.

23. El PRESIDENTE dice que no se trata de determinar si la Comisión debe o no examinar el tema en cuestión, sino de determinar si en las circunstancias actuales ese tema debería o no incluirse en el programa provisional. Considera aceptables las sugerencias de los Sres. Opertti Badan, Pambou-Tchivounda y Tomka tendientes a aprobar el programa provisional en su forma actual, en el entendimiento de que la Comisión se ocupará en forma prioritaria de la cuestión de los nuevos temas del programa, incluidos naturalmente los relativos a la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional y a la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Pero no deberían aprobarse nuevos métodos de inclusión de temas en el programa que podrían causar problemas a largo plazo. No hay duda de que se atenderá la petición de la Asamblea General. La única cuestión que se plantea consiste en determinar si es preciso apartarse de la manera establecida desde hace mucho tiempo para la adopción del programa, a saber, de acuerdo con un procedimiento determinado, y no de manera poco reflexiva. Si no hay oposición, considerará que los miembros de la Comisión aceptan la propuesta de los Sres. Opertti Badan y Tomka.

Así queda acordado.

Queda aprobado el programa.

Provisión de vacantes imprevistas (artículo 11 del estatuto) (A/CN.4/522 y Add.1)

[Tema 1 del programa]

24. El PRESIDENTE indica que, de conformidad con el artículo 11 del estatuto de la Comisión, corresponde a la Comisión llenar el puesto vacante, y que se han enviado a los miembros los currículos de los dos candidatos. Según el uso establecido, la elección se celebra en sesión privada.

Se suspende la sesión a las 17.35 horas y se reanuda a las 17.45 horas.

25. El PRESIDENTE anuncia que la Comisión ha elegido al Sr. Kabatsi para ocupar el puesto que ha quedado vacante tras el fallecimiento de Adegoke Ajibola Ige.

Organización de los trabajos del período de sesiones

[Tema 2 del programa]

26. El PRESIDENTE señala a la atención de los miembros el calendario de trabajo. Anuncia que el Sr. Yamada, Presidente del Comité de Redacción, presentará al día siguiente la composición del Comité e invita al Presidente del Grupo de Planificación a preparar la lista de miembros de ese Grupo.

27. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) recuerda que, según la práctica habitual de la Comisión, el Comité de Redacción tiene aproximadamente 14 miembros y, para asegurar una participación óptima, su composición varía según los temas estudiados. Invita a los miembros que desean formar parte del Comité de Redacción para un tema particular a que se lo comuniquen, recordando que es preciso asegurar una representación equitativa de las diferentes regiones y de los diferentes sistemas jurídicos en el seno del Comité.

Se levanta la sesión a las 17.50 horas.

2712.ª SESIÓN

Martes 30 de abril de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática[1] (A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1[3], A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL

1. El Sr. DUGARD (Relator Especial), ofreciendo a la Comisión un examen general de la labor realizada hasta la fecha, recuerda que presentó su primer informe sobre la protección diplomática[4] en el 52.º período de sesiones, celebrado en 2000. El informe se dedicó principalmente al tema de la nacionalidad de las reclamaciones. Después de un debate y unas consultas oficiosas de carácter abierto, la Comisión decidió remitir los artículos 1, 3 y 5 a 8 al Comité de Redacción, con un informe sobre las consultas oficiosas. No se examinó la adición por falta de tiempo. En su 53.º período de sesiones, la Comisión examinó la adición al primer informe, que trataba de la nacionalidad continua, así como parte del segundo informe (A/CN.4/514), centrado en los principios generales relativos a la norma del agotamiento de los recursos internos. La Comisión decidió remitir el artículo 9, sobre nacionalidad continua, y los artículos 10 y 11, sobre agotamiento de los recursos internos, al Comité de Redacción; los artículos 12 y 13 del informe no se examinaron. Hasta la fecha, el Comité de Redacción no ha tenido oportunidad de ocuparse de ninguna de esas disposiciones y comenzará a hacerlo esa misma tarde.

2. Los párrafos 11 y 12 del tercer informe (A/CN.4/523 y Add.1) recogen la opinión del Relator Especial. La protección diplomática es un tema sobre el que existe mucho material en forma de intentos de codificación, convenciones, práctica de los Estados, jurisprudencia y doctrina. De hecho, no existe ninguna otra rama del derecho internacional sobre la que exista tanto material, lo que, sin embargo, no significa que éste sea claro o seguro. En efecto, se encuentran con frecuencia incoherencias y contradicciones. La Comisión debe elegir entre normas que compiten entre sí. La función del Relator Especial es presentar todas las fuentes y posibilidades, a fin de que la Comisión pueda hacer su elección con conocimiento de causa.

3. El tercer informe contiene el artículo 14, que examina las circunstancias en que no se aplica la norma sobre los recursos internos, y el artículo 15, que se ocupa de la carga de la prueba en la aplicación de esa norma. El Relator Especial ha preparado una adición, que se está traduciendo, sobre la cláusula Calvo[5], y confía en abordar el tema de la denegación de justicia, posiblemente en un grupo de trabajo, más adelante o en el siguiente período de sesiones. Sabe muy bien que el tema de la denegación de justicia es controvertido, que se trata en gran parte de una norma primaria y que en los proyectos de artículo el acento se carga en las normas secundarias, pero es imposible que la Comisión termine un estudio sobre la protección diplomática sin examinar la cláusula Calvo y la denegación de justicia, que aparecen de forma destacada en la jurisprudencia sobre la cuestión. La Comisión debe considerar si desea incluir o no una disposición sobre la denegación de justicia.

4. En su próximo informe, tiene la intención de ocuparse del tema de la nacionalidad de las sociedades y confía en que habrá oportunidad, en un grupo de trabajo de la segunda parte del período de sesiones, de examinar la orientación que el Relator Especial deba seguir al respecto. No desea ampliar el ámbito del actual proyecto de artículos más allá de los temas tradicionales comprendidos en el tema de la protección diplomática, es decir, la nacionalidad de las reclamaciones y el agotamiento de los recursos internos. Si la Comisión se limita a esos dos temas, será posible terminar un conjunto de proyectos de artículo en primera y segunda lectura para finales del quinquenio.

5. En el curso del debate celebrado en el quinquenio anterior, se sugirió incluir otras cuestiones en el campo de la protección diplomática, como la protección funcional por las organizaciones internacionales de sus funcionarios. Se trata de un tema muy importante que debe ser examinado por la Comisión, pero no forzosamente en el actual proyecto de artículos. Plantea diferentes cuestiones y, si la Comisión lo incluye, será prácticamente imposible terminar el proyecto de artículos para finales del quinquenio. Por su parte, sugiere que se recomiende su estudio por separado. Puede encontrarse una analogía con el método adoptado en el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, en el que la Comisión dejó el tema de la responsabilidad de las organizaciones internacionales para un estudio separado.

6. Otras cuestiones que se sugirieron eran igualmente innovadoras y controvertidas, y podrían producir también demoras en la conclusión del proyecto. El párrafo 16 del tercer informe se refería al derecho del Estado de la nacionalidad de un buque o aeronave a formular una reclamación en nombre de la tripulación y tal vez también en el de los pasajeros del buque o aeronave, cualquiera que fuera la nacionalidad de las personas interesadas, cuestión importante, lo mismo que lo es el caso de que un Estado o una organización internacional administre o controle un territorio y, podría imaginarse a la Comisión examinando la cuestión de la protección diplomática de las personas que viven en Timor Oriental bajo administración internacional o, más difícil todavía, la de los ocupantes de la Rivera Occidental y de Gaza. Lo mismo que el Relator Especial sobre ese tema de la Comisión de Derechos Humanos, no teme examinar el asunto, pero si la Comisión de Derecho Internacional se dedica a temas como el del Oriente Medio, los debates irán mucho más allá de la esfera tradicional de la protección diplomática.

7. De los artículos 12 y 13 se ocupan los párrafos 32 a 67 de su segundo informe. Esas dos disposiciones deben considerarse conjuntamente. Las dos tratan de la cuestión de si la norma del agotamiento de los recursos internos es procesal o sustantiva, quizá la cuestión más controvertida en materia de agotamiento de los recursos internos. El Relator Especial hubiera podido hacerla más controvertida aún sugiriendo que la Comisión se apartara

[1] Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

[2] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

[3] Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).

[4] *Anuario... 2000*, vol. II (primera parte), documento A/CN.4/506 y Add.1.

[5] Véase *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, págs. 203 y 204.

de la disposición aprobada en su 29.º período de sesiones[6] y confirmada en su 48.º período de sesiones en el marco del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados aprobado provisionalmente por la Comisión en primera lectura[7]. En su opinión, esa norma es esencialmente de procedimiento y no de sustancia, y por ello la cuestión debiera reconsiderarse.

8. Esencialmente hay tres posiciones al respecto: la sustantiva, la procesal y la que él llamaría posición mixta. Los partidarios de la posición sustantiva, entre ellos Borchard y Ago, mantienen que el acto internacionalmente ilícito del Estado infractor no se completa hasta que se han agotado los recursos internos. El agotamiento de los recursos internos es una condición sustantiva de la que depende la existencia misma de una responsabilidad internacional. Quienes apoyan la posición procesal, por ejemplo Amerasinghe, alegan que la norma del agotamiento de los recursos internos es una condición procesal que debe satisfacerse para poder interponer una reclamación internacional. La posición mixta, aducida por Fawcett, establece una distinción entre los daños a un extranjero en virtud del derecho interno y los daños en virtud del derecho internacional. Si los daños se causaron sólo con infracción del derecho interno y de forma que no constituyan una infracción del derecho internacional, por ejemplo el incumplimiento de un contrato de concesión, la responsabilidad internacional sólo surgirá del acto del Estado demandado que constituya una denegación de justicia, por ejemplo, la parcialidad del poder judicial cuando un extranjero intenta hacer valer sus derechos ante un tribunal nacional. En esa situación, el agotamiento de los recursos internos es evidentemente una condición sustantiva que debe cumplirse. En cambio, si los daños al extranjero infringen el derecho internacional, o el derecho internacional y el derecho interno, la responsabilidad internacional surgirá en el momento de ocurrir los daños, y el agotamiento de los recursos internos será una condición procesal para poder presentar una reclamación internacional. Por ejemplo, si el Estado demandado es culpable de torturar a un extranjero y existe un recurso en el derecho interno, se habrá cometido un acto ilícito internacional al producirse la tortura, pero, si existe un recurso ante los tribunales internos, deberá agotarse antes de poder interponer una reclamación internacional. En tal caso, la norma del agotamiento de los recursos internos será simplemente una condición procesal que habrá de cumplirse antes.

9. Algunos han alegado que esas tres posiciones son puramente académicas, pero la cuestión del momento en que surge la responsabilidad internacional es a menudo de importancia práctica considerable. En primer lugar, con respecto a la nacionalidad de las reclamaciones, el extranjero deberá ser nacional en el momento de la comisión del acto ilícito. Por ello, será importante determinar en qué momento se ha cometido ese acto ilícito internacional. En segundo lugar, podría haber un problema de jurisdicción, como ocurrió en el asunto *Phosphates du Maroc*. En ese caso, se suscitó la cuestión de cuándo había surgido la responsabilidad internacional, a fin de decidir si el tribunal era o no competente. En tercer lugar, está el caso de la renuncia. El Relator Especial defenderá luego que un Estado puede renunciar a la norma del agotamiento de los recursos locales, pero indudablemente no podría hacerlo si esa norma fuera sustantiva, ya que no se cometería un acto ilícito internacional si no se hubieran agotado los recursos internos. Por tal motivo, la Comisión deberá decir cuál de las tres posiciones desea adoptar. La dificultad es que las fuentes no son claras. Los intentos de codificación parecen deliberadamente ambiguos. En su 29.º período de sesiones, en 1977, la Comisión aprobó el artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados[8], que apoyaba claramente la tesis sustantiva. En cambio, en 2000 Kokott adoptó una posición puramente procesal al informar a la Asociación de Derecho Internacional[9].

10. Antes de 1977 podía discernirse una tendencia favorable a la tesis procesal, criterio que hoy puede ponerse en tela de juicio, simplemente porque los intentos de codificación son muy poco claros y ambiguos. Las decisiones judiciales son igualmente vagas y son susceptibles a distintas interpretaciones que apoyan la posición procesal o la sustantiva. El asunto más destacado es el de *Phosphates du Maroc*, y es interesante recordar que Ago, que fue el asesor de Italia, mantuvo la posición sustantiva. En ese asunto, Francia aceptó la jurisdicción obligatoria de la CPJI en 1931 con respecto a cualquier controversia surgida luego. Italia aducía que Francia había infringido una obligación internacional con respecto a los nacionales italianos en 1925 en Marruecos, pero el acto ilícito no se había completado hasta 1933, en que se agotaron finalmente los recursos internos o su equivalente. Así pues, Italia apoyaba esencialmente la posición sustantiva. Francia, en cambio, había aducido que la norma del agotamiento de los recursos internos *no era más* que una norma de procedimiento y que la responsabilidad internacional existía ya, pero no podía hacerse valer por cauces diplomáticos o mediante un recurso a un tribunal internacional o la comparecencia ante la Corte a menos que los recursos se hubieran agotado. La Corte falló a favor de Francia y sostuvo que no había habido ningún factor nuevo después de 1925 que diera lugar a la responsabilidad internacional de ese país. El Relator Especial en su segundo informe había citado el pronunciamiento de la Corte en el asunto *Phosphates du Maroc* con cierta extensión, destacando *una declaración importante de la Corte, a saber:* «*Por cuanto ese acto* [es decir, el acto ilícito cometido en 1925] *es imputable al Estado y se dice que es contrario al derecho que otro Estado tiene en virtud de un tratado, quedaría establecida inmediatamente la responsabilidad internacional entre los dos Estados**» [pág. 28]. Es interesante que la Comisión no citara ese pasaje al examinar esa decisión. El Relator Especial Ago, al examinar el asunto *Phosphates du Maroc*, mantuvo que la Corte no había decidido en contra de la posición sustantiva. Sin embargo, la interpretación de ese pasaje por el orador es que la Corte apoyó la posición de Francia, que aducía la tesis procesal. Esa fue también la opinión de Amerasinghe. Así pues, las decisiones judiciales, aunque puedan ser poco claras, contienen al menos un ejemplo favorable a la posición procesal, concretamente el del asunto *Phosphates du Maroc*.

[6] *Anuario... 1977*, vol. II (segunda parte), pág. 32.

[7] *Anuario... 1996*, vol. II (segunda parte), pág. 64.

[8] Véase la nota 6 *supra*.

[9] Asociación de Derecho Internacional, *Report of the Sixty-ninth Conference*, Londres, 2000, pág. 606, en particular págs. 629 y 630.

11. La práctica de los Estados tiene escasa utilidad, porque normalmente adopta la forma de argumentos presentados en actuaciones internacionales e, inevitablemente, el Estado suele abrazar la posición más conveniente para sus intereses. En el asunto *Phosphates du Maroc*, Italia abogó firmemente a favor del enfoque sustantivo; sin embargo, 50 años más tarde, en el asunto *ELSI*, asumió la posición procesal. Por consiguiente, no puede deducirse una conclusión clara de los argumentos aducidos por los Estados, y no se trata de una forma de práctica de los Estados que resulte muy útil. No obstante, un ejemplo de práctica de los Estados que sí es útil fue la respuesta del Departamento de Estado de los Estados Unidos al primer informe de García Amador sobre la responsabilidad de los Estados, en la que se mostró favorable a la «tercera posición»[10].

12. La opinión académica está dividida en esta cuestión. La tercera posición, que el Relator Especial prefiere, ha recibido una atención demasiado escasa. Fawcett mantuvo que debía establecerse una distinción entre la causa de la acción y el derecho a la acción, y expuso tres situaciones jurídicas posibles en las que debía considerarse la aplicación de la norma de los recursos internos[11]. El caso I era que la acción reclamada fuera una violación del derecho internacional pero no del derecho interno. En tal caso, la norma de los recursos internos, evidentemente, no se aplicaba, porque el acto no era contrario al derecho interno y no había recursos internos que agotar. Viene a la mente el ejemplo del *apartheid* en Sudáfrica. El *apartheid* violaba claramente una norma de derecho internacional, pero era condonado y, de hecho, promovido, por el régimen de *apartheid*. En consecuencia, había una violación del derecho internacional, pero no del derecho interno. El caso II era el de que el acto contra el que se reclamaba fuera una violación del derecho interno pero no del derecho internacional, por ejemplo, un incumplimiento de un contrato concertado entre el Estado demandado y un extranjero. En tal caso, la responsabilidad internacional del Estado infractor no resultaba comprometida por el acto; sólo podía surgir como consecuencia de un acto subsiguiente del Estado que constituyera una denegación de justicia para la parte lesionada que tratara de obtener una reparación. La norma de los recursos internos servía de impedimento sustantivo para presentar una reclamación internacional, ya que el derecho a ésta no surgía hasta que pudiera demostrarse una denegación de justicia. El caso III, que era controvertido, consistía en que el acto fuera tanto una violación del derecho interno como del derecho internacional. En esas circunstancias, Fawcett adujo que el agotamiento de los recursos internos actuaba como una limitación procesal para poder formular una reclamación internacional.

13. En opinión del orador, la tercera escuela de pensamiento es la más satisfactoria. Por ejemplo, un Estado que torturase a un extranjero incurriría en responsabilidad internacional en el momento de cometer el acto, pero podría haber violado también su propia legislación. Si existía un recurso interno, éste tendría que agotarse para poder interponer una reclamación internacional; en tal caso, la norma de los recursos internos es de carácter procesal.

14. Los proyectos de artículo 12 y 13 tratan de llevar a la práctica esa conclusión; la opinión académica ofrece escaso apoyo para esa posición, pero se recogen también otras opiniones. Además, la Comisión podría encontrar difícil apartarse de la posición adoptada en el artículo 22 del proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados. Sin embargo, al proponer ese artículo, el Relator Especial sobre la responsabilidad de los Estados había asumido que el documento, en su forma definitiva, distinguiría entre obligaciones de conducta y de resultado, decisión que no se había mantenido. Por consiguiente, la Comisión puede adoptar libremente la opinión que el Relator Especial propone; determinar si el texto presentado recoge plenamente esa posición es una cuestión que debería dejarse al Comité de Redacción.

15. El Sr. GAJA dice que, aunque pueda estar en desacuerdo con muchas de las conclusiones del Relator Especial, las encuentra sugerentes y cree que el producto final será satisfactorio.

16. Fue el orador quien propuso el examen de las cuestiones mencionadas y rechazadas en el párrafo 16 del tercer informe, todas ellas relacionadas con situaciones en que un Estado o una entidad distinta del Estado de nacionalidad se considera con derecho a ejercer la protección diplomática: la protección funcional por parte de organizaciones internacionales a sus funcionarios; el derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a formular una reclamación en nombre de la tripulación o de los pasajeros, cualquiera que sea la nacionalidad de éstos; el caso en que un Estado ejerza la protección diplomática del nacional de otro Estado a resultas de la delegación de ese derecho; y el caso en que un Estado o una organización internacional administren o controlen un territorio.

17. Por ejemplo, en el asunto *Saiga*, el TIDM determinó que el Estado de nacionalidad del buque tenía derecho a formular una reclamación por los daños sufridos por miembros de la tripulación, cualesquiera que fueran sus distintas nacionalidades; así pues, el Estado de nacionalidad no tiene un derecho exclusivo a ejercer la protección diplomática. En ese contexto, él sugirió que la Comisión debía examinar también las consecuencias para el Estado de nacionalidad del derecho de una organización internacional a ejercer la protección diplomática, no la funcional; la cuestión de las reclamaciones concurrentes del Estado de nacionalidad y de las Naciones Unidas con respecto a los daños personales causados a funcionarios de la Organización se planteó ante la CIJ en 1949, en el asunto *Réparation*.

18. Si el Relator Especial y la Comisión llegan a la conclusión de que uno o todos esos temas no merecen ser considerados específicamente en el proyecto de artículos, deberán mencionarse al menos en el comentario. En cualquier caso, la Comisión debería guiarse por la práctica contemporánea y no por la tradicional al determinar la pertinencia de una cuestión.

19. El párrafo 55 del segundo informe se refiere al libro del propio orador sobre el agotamiento de los

[10] Reproducida en M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), págs. 789 y 790.

[11] J. E. S. Fawcett, «The exhaustion of local remedies: substance or procedure?», *The British Year Book of International Law, 1954*, pág. 452.

recursos internos[12]. Sin embargo, quizá como consecuencia de una traducción inexacta, el Relator Especial ha afirmado erróneamente que el orador sostuvo «que la norma del agotamiento de los recursos internos es una "presuposición" de ilicitud»; en realidad, lo que mantuvo fue que el agotamiento de los recursos locales era requisito previo para la ilicitud, aunque de hecho había mantenido en el libro que ese requisito previo era de carácter sustantivo y no procesal. Su principal argumento fue que cuando se exigía el agotamiento de los recursos internos y éste no se producía, la protección diplomática no podía ejercerse no podía presentarse ninguna reclamación en relación con la infracción aducida ni se podían adoptar contramedidas. Cabría preguntarse cuál sería la importancia práctica de una infracción aducida que no tuviera consecuencias en el plano internacional ni para el Estado ni para la persona interesada, y para la que no hubiera recursos. El orador sostuvo que, como ese requisito previo se aplicaba a todos los procedimientos relativos a un asunto de esa índole, debía considerarse como sustantivo.

20. La cuestión de la naturaleza de la norma de los recursos internos plantea difíciles cuestiones teóricas; tiene también consecuencias políticas, ya que la teoría procesal se considera por muchos como una teoría que disminuye la importancia de una norma que numerosos Estados consideran fundamental. Teniendo en cuenta esos problemas y la falta de consenso dentro de la Comisión, podría ser poco sensato asumir alguna de las opiniones en conflicto. El Relator Especial se preguntó con razón si era prudente mantener el proyecto de artículo 22 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado, problema que se resolvió suprimiendo ese proyecto de artículo y adoptando un enfoque neutral del agotamiento de los recursos internos en el artículo 44 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado por la Comisión en su 53.º período de sesiones[13]. Quizá fuera igualmente prudente suprimir los artículos 12 y 13 del proyecto sobre protección diplomática. Innegablemente, podrían producirse algunos efectos como consecuencia de la adopción de una u otra de las teorías mencionadas por el Relator Especial, pero no son de importancia primordial y no justifican la inclusión de los proyectos de artículo de que se trata.

21. No está de acuerdo en que las renuncias sean incompatibles con la naturaleza sustantiva de la norma de los recursos internos. Los Estados pueden renunciar a un requisito previo de admisibilidad, tanto si se trata de una cuestión sustantiva como procesal. La renuncia no debe tratarse a la ligera; en el asunto *ELSI*, una Sala de la CIJ manifestó que «no se encuentra en condiciones de aceptar que un principio importante de derecho internacional consuetudinario deba considerarse tácitamente derogado, al no haber una declaración que muestre claramente la intención de hacerlo» [párr. 50]. Además, en ese asunto el orador defendió al Gobierno de Italia y no está de acuerdo con el Relator Especial en que favoreciera a los intereses de ese país mantener que la norma de los recursos internos era de carácter procesal (A/CN.4/514, párr. 51); en cualquier caso, el Gobierno de Italia no adoptó esa posición.

22. El Sr. BROWNLIE dice que, aunque el Relator Especial ha recopilado un gran volumen de material importante en su tercer informe, se ha limitado excesivamente a los estudios académicos de la cuestión de los recursos internos. Determinar si esa norma es de carácter sustantivo o procesal resulta hasta cierto punto ineludible en circunstancias especiales como las del asunto *Phosphates du Maroc*. Sin embargo, entiende que la cuestión no es muy útil ni pertinente como enfoque global del problema. En general, apoya la postura adoptada por Fawcett, cuyo interés en la cuestión de los recursos internos no se basa en la teoría académica sino en la experiencia práctica.

23. Sería preferible realizar un estudio empírico de la norma de los recursos internos sobre la base de tres motivaciones: política, práctica e histórica. En la práctica de los Estados y, especialmente en fuentes del siglo XIX, se encuentran materiales muy interesantes. Por ejemplo, si un expatriado británico había establecido una empresa con éxito en Ruritania y su empresa resultaba destruida por disturbios nacionales, solicitaba la ayuda del consulado británico. Sin embargo, en esos casos el Gobierno no era muy receptivo, a causa del principio de asunción del riesgo sobre la base de los vínculos voluntarios y persistentes del propietario de la empresa con Ruritania. En consecuencia, lo remitía a los tribunales nacionales. La opinión del Gobierno se había basado en el sentido común más que en cuestiones de procedimiento o de fondo. En un ejemplo moderno, las alegaciones por escrito de Israel en el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955* fueron que sería injusto pedir al Gobierno que representaba a las víctimas de una aeronave israelí derribada por las fuerzas de defensa búlgaras que solicitara una indemnización ante los tribunales de Bulgaria, ya que ni las víctimas ni sus familias tenían ninguna vinculación voluntaria con ese país.

24. En cualquier caso, aunque el asunto se tratara ulteriormente por los cauces diplomáticos, era útil hacer que los tribunales nacionales determinaran rápidamente los hechos. Además, los gobiernos habían adoptado el punto de vista de que no resultaba apropiado que las reclamaciones de poca importancia se hicieran inicialmente por cauce diplomático, método que podría afectar a las relaciones diplomáticas entre los Estados. Por todas esas razones, la Comisión debe reflexionar más sobre la base de política de los recursos internos. Desde un punto de vista práctico, los recursos internos cobrarán mayor importancia si la Comisión adopta el punto de vista de que las controversias deben resolverse a nivel interno siempre que sea posible, y una norma de vinculación voluntaria impondrá diversas restricciones al funcionamiento de la norma de los recursos internos. Por esa razón, resulta desafortunado que la cuestión del vínculo voluntario, que es sólo un aspecto de la cuestión de política, se haya planteado únicamente en el artículo 14. El lector del proyecto de artículos tendrá la impresión de que la norma sobre los recursos internos se aplica en todos los casos. Si la Comisión quiere continuar con la cuestión de la norma del vínculo voluntario, su decisión afectará al proyecto de artículo 10 y a todos los artículos ulteriores. Por consiguiente, sería prematuro enviar esa parte del documento al Comité de Redacción; la importancia actualmente dada a la distinción entre procedimiento y sustancia debería matizarse mucho.

[12] G. Gaja, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milán, Giuffrè, 1967.

[13] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte) y Corrigendum, cap. IV, párr. 76.

25. El Sr. SIMMA dice que, aunque apoya las observaciones del Sr. Brownlie sobre la importancia de los vínculos voluntarios con un Estado, el Relator Especial ha dejado en claro que la distinción entre sustancia y procedimiento tiene importancia práctica para el tema que se examina, como se demostró en el asunto *Phosphates du Maroc*. Además, se inclina a estar de acuerdo con el Sr. Gaja en que debe considerarse que un Estado que renuncia al requisito previo del agotamiento de los recursos internos ha accedido a rebajar el umbral para la comisión de actos internacionalmente ilícitos; algunas normas no son de carácter imperativo sino que están abiertas al acuerdo entre los Estados.

26. El Sr. BROWNLIE dice que el asunto *Phosphates du Maroc* es un ejemplo específico; el asunto *Incident aérien du 27 juillet 1955* y el ejemplo que ha puesto de Ruritania, en cambio, ilustran la importancia de la existencia o inexistencia de un vínculo voluntario entre la víctima y el Estado. Está de acuerdo en que la distinción entre procedimiento y sustancia es inevitable, y no afirma que sea inaplicable, pero se opone a la utilización de esa distinción como marco general para la cuestión en su conjunto. Estima que no se trata de un vehículo general apropiado para abordar el tema.

27. El Sr. PELLET dice que, aunque hará cuanto pueda para atender los deseos del Relator Especial con respecto al alcance del presente debate, le será imposible abstenerse de aludir por completo al artículo 14. Los párrafos 1 a 12 del tercer informe no requieren comentario especial, pero le preocupan algunas afirmaciones imperativas que figuran en los párrafos 13 a 17. En primer lugar, con respecto a la denegación de justicia, tras un debate prolongado y a pesar de opiniones disidentes, la Comisión llegó a la conclusión de que no debía tratarse específicamente en el proyecto de artículos. Por eso, le sorprende un tanto el anuncio hecho por el Relator Especial de su intención de volver sobre él. Si el comienzo de un nuevo quinquenio se utiliza como pretexto para revisar posiciones adoptadas por la Comisión en años anteriores, ningún tema llegaría nunca a una conclusión satisfactoria. El Relator Especial debe resistir la tentación de interpretar el papel de la esposa de Ulises.

28. En cuanto a la cuestión de fondo, reitera su oposición, no necesariamente a la sustancia de las posiciones adoptadas por el Relator Especial –quien, en cualquier caso, fiel al papel de Penélope que ha elegido, no ha explicado realmente, limitándose a prometer hacerlo– sino a su modo de abordarlas. Su oposición no se basa en que, al abordar la cuestión de la denegación de justicia como tal, la Comisión trataría con normas primarias: después de todo, esa distinción no es ni evidente ni está tallada en piedra, y en cualquier caso nada prohíbe a la Comisión ocuparse de normas primarias. Si se opone a tratar de la cuestión en sí es porque la denegación de justicia es simplemente una de las manifestaciones de la norma más general en virtud de la cual los recursos internos deben considerarse agotados si no han tenido éxito o están destinados a no tenerlo. A ese respecto, después de examinar la sección del tercer informe relativa al artículo 14, le parece que los artículos podrían redactarse de forma que comprendieran la denegación de justicia sin necesidad de hacer referencia específica a ella. Por esa razón, está firmemente convencido de que sería mejor no examinar el artículo 14 en el Comité de Redacción sin ver primero lo que propone el Relator Especial con respecto a la denegación de justicia, ya que la posibilidad de refundir el artículo 14 con un proyecto de artículo sobre ésta debe quedar abierta. Además, tratar de la denegación de justicia haría que la Comisión realizara incursiones totalmente innecesarias en el ámbito del derecho interno de los Estados.

29. Sin embargo, no tiene dificultades en cuanto a la idea de estudiar la cláusula Calvo en el contexto del proyecto de artículos, aunque la cuestión de su validez en derecho internacional sea asunto distinto. Puede aducirse, basándose sólo en el derecho internacional, que se trata de una cuestión separada, aunque esté estrechamente ligada a la cuestión de quién es el titular del derecho a la protección diplomática. Dicho esto, quizá deba estudiarse la cláusula Calvo desde la perspectiva más general de la renuncia a la protección diplomática (no necesariamente por medio de la cláusula Calvo), tanto por el beneficiario como por el Estado con derecho a ejercer la protección. Así pues, aunque la Comisión debe examinar más detenidamente la cláusula Calvo y adoptar una posición firme al respecto, sin limitarse a mirar los toros desde la barrera, el Relator Especial debe abordar la cuestión desde un punto de vista más amplio.

30. Resulta alentador que el Relator Especial haya recordado su compromiso de abordar la cuestión de la protección diplomática de las sociedades, y la propuesta de establecer un grupo de trabajo sobre esa cuestión delicada es una buena idea. Sin embargo, ese grupo debe componerse sólo de un número reducido de miembros; ya que el tema es sumamente técnico y no se presta al «turismo jurídico».

31. En cuanto al párrafo 16, reitera su firme oposición a la idea de la «nacionalidad de las reclamaciones». La nacionalidad no va unida a las reclamaciones sino a las personas, los buques o las aeronaves de que se trate. La nacionalidad de las reclamaciones es un concepto de derecho anglosajón que no tiene cabida en derecho internacional. No obstante, el Relator Especial acierta al tratar de excluir del alcance del proyecto de artículos la protección funcional y el derecho de Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a presentar una reclamación en nombre de su tripulación o pasajeros (párr. 16, casos *a* y *b*). Esas dos cuestiones son ampliaciones del tema que se examina. Sin embargo, le convence el argumento del Sr. Gaja de que la Comisión debe examinar la protección funcional cuando surja juntamente con la protección diplomática. El Relator Especial tiene razón también al excluir el examen del caso de que una organización internacional controle un territorio. Se trata de una forma muy específica de protección, tan estrechamente relacionada al menos con la funcional como la protección diplomática; y, lo mismo que en el caso de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la Comisión debería descartar todas las cuestiones relativas a las organizaciones internacionales. En cambio, por su parte se resiste mucho más a abandonar el otro caso mencionado en el caso *d* del párrafo 16, el de que un Estado que administre o controle un territorio que no sea suyo. Tampoco puede estar de acuerdo en la eliminación del caso *c*, el de que un Estado ejerza la protección diplomática de un nacional de otro Estado como resultado de la delegación de ese derecho. Ambos casos quedan claramente comprendidos en el ámbito del tema.

32. La razón es que la protección diplomática es simplemente una ampliación del tema de la responsabilidad del Estado, en cuyo contexto estima que debe examinarse. El presente tema, por diversas razones, se ha separado artificialmente del tema de la responsabilidad del Estado. La cuestión es determinar cómo puede obtener un Estado reparación por el daño causado a uno de sus nacionales por el acto internacionalmente ilícito de otro Estado. De lo que se trata es del medio de hacer efectiva la responsabilidad del Estado, y por su parte no ve razón alguna para excluir los dos casos que ha citado. El caso del control de un territorio por un Estado puede inferirse de varios de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, en particular los artículos 8 y 11.

33. Se pregunta también si el tema de la protección diplomática quedaría plenamente cubierto sin algún debate de los efectos del ejercicio de esa protección. Quizá el Relator Especial debería abordar ese aspecto del tema en informes futuros.

34. Por lo que se refiere a los artículos 12 y 13, hace suyos los comentarios del Sr. Brownlie y el Sr. Gaja, casi sin reserva alguna. Como ha tenido ya ocasión de señalar, no entiende la fascinación del Relator Especial con la cuestión de si las normas de la protección diplomática son de carácter procesal o sustantivo. Puede entender por qué el Sr. Roberto Ago se interesó por esa cuestión en el contexto del tema original de la responsabilidad del Estado: para Ago, la cuestión de que se trataba era el momento en que surgía el acto internacionalmente ilícito. No obstante, había estado influido claramente por sus posiciones en el asunto *Phosphates du Maroc*, y había que decir que esas posiciones eran insostenibles. Habría sido legítimo plantear la cuestión en esos términos. Sin embargo, vista simplemente en el contexto de la protección diplomática, la cuestión parecía perder su pertinencia; y estaba de acuerdo con la opinión de Schwarzenberger de que la distinción era puramente teórica[14]. El postulado era que se había cometido un acto internacionalmente ilícito; la única cuestión que había que examinar era, por lo tanto, en qué condiciones –y quizá, por qué procedimientos– podía exigirse reparación cuando se había causado daño a un individuo, ya que, a falta de un acto internacionalmente ilícito, la protección diplomática no surgiría.

35. Vista desde esa perspectiva, la cuestión era clara: la protección diplomática era un procedimiento en virtud del cual podía hacerse efectiva la responsabilidad internacional del Estado; el agotamiento de los recursos internos era un requisito previo para la aplicación de ese procedimiento; y el hecho de que la norma fuera sustantiva o procesal carecía de importancia. Esta afirmación quedaba ilustrada no sólo por el proyecto de artículo 10 propuesto por el Relator Especial en el anterior período de sesiones[15], sino también por la excelente formulación adoptada en 1929 por el Comité Preparatorio de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, celebrada en La Haya en 1930[16], que se cita en el párrafo 37 del segundo informe. Era también la posición adoptada en el apartado *b* del artículo 44 del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos aprobado en el anterior período de sesiones. En cambio, no comprendía qué finalidad tenía calificar las palabras «condición previa» con el adjetivo «procesal» en el proyecto de artículo presentado a la Asociación de Derecho Internacional[17] y citado en el párrafo 43 del segundo informe.

36. En consecuencia, tenía que decir, lamentándolo mucho, que no veía la utilidad de los artículos 12 y 13. El artículo 10, claramente, y el artículo 11, de forma más confusa, declaraban lo que se había reconocido universalmente y enunciado con claridad en 1929, es decir, que «[n]o puede invocarse la responsabilidad internacional del Estado para la reparación del daño sufrido por un extranjero mientras no se hayan agotado los recursos que la legislación interna del Estado ofrece al individuo lesionado»[18]. Eso era correcto y era también suficiente. Como queda dicho, un acto internacionalmente ilícito debe, por definición, haberse cometido antes de que la cuestión de la protección diplomática se plantee. Si el Estado puede reparar el daño causado con arreglo a su derecho nacional, se le debe dar la posibilidad de hacerlo. Esa idea es la razón de ser de la norma del agotamiento de los recursos internos. Aunque los comentarios del Sr. Brownlie sean fáctica e históricamente correctos, el Estado, sin embargo, debe tener oportunidad de hacer correcciones honrosas. Y si la responsabilidad surgía por el hecho de no haber recursos, no hacía falta decir que no habría recursos que agotar en el caso comprendido en el artículo 14. Sin embargo, los artículos 12 y 13 no sirven de nada en ninguno de los dos casos.

37. Ello no quiere decir que esté en desacuerdo sustancialmente con el método adoptado por el Relator Especial. Lo mismo que él, es partidario de una «tercera vía», tesis que ilustrará con ejemplos distintos de los citados por el Relator Especial, en particular porque no le ha convencido el del *apartheid*, que no le parece pertinente. En el caso del *apartheid*, no es evidente qué Estado podría haber ejercido su derecho de protección diplomática sobre las víctimas. Pueden citarse dos ejemplos mejores para ilustrar que los artículos 12 y 13 son innecesarios.

38. En el primer ejemplo, el Estado A nacionaliza los bienes de un nacional del Estado B sin ofrecerle una indemnización, acto que infringe claramente una norma de derecho internacional positivo contemporáneo. De conformidad con los artículos 1 y 2 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado, la responsabilidad del Estado A es clara; puede indemnizar las consecuencias perjudiciales, y el Estado B no puede ejercer su protección diplomática hasta que se hayan agotado los recursos internos. Eso se dice en el artículo 10 y, en consecuencia, los artículos 12 y 13 son innecesarios.

[14] G. Schwarzenberger, *International Law*, 3.ª ed., Londres, Stevens, 1957, vol. I, pág. 611.

[15] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), cap. VII.

[16] Véase Sociedad de las Naciones, Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence* (documento C.75.M.69.1929. V), págs. 19 a 159; reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, apéndice 2, base de discusión n.º 27, pág. 219.

[17] Véase la nota 9 *supra*.

[18] Textos de artículos adoptados en primera lectura por el Comité III de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional de La Haya de 1930 [documento C.351(c)M.145(c).1930.V]; reproducido en *Anuario... 1956*, vol. II, documento A/CN.4/96, apéndice 3, artículo 4, págs. 221 y 222.

39. En un segundo ejemplo, un nacional de un Estado D interpone una reclamación ante los tribunales del Estado C con respecto a los gravámenes fiscales impuestos tanto sobre él mismo como sobre los nacionales del Estado C. En ese caso, no hay infracción de ninguna norma de derecho internacional. Sin embargo, todos los tribunales del Estado C, incluido el Tribunal Supremo, rechazan la solicitud formulada por el nacional del Estado D, basándose en que los extranjeros sujetos a impuestos no tienen derecho de apelación. Esto constituirá una discriminación ilegítima, y será la decisión firme del Tribunal Supremo la que dará origen a la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, el problema del agotamiento de los recursos internos no se plantearía, ya que los recursos internos serían imposibles o estarían condenados al fracaso. Por consiguiente, se aplicaría la norma del artículo 14 y, una vez más, ni el artículo 12 ni el 13 servirían para nada. De hecho, no hay ninguna hipótesis en que puedan servir a ningún fin. El artículo 10 regula uno de los casos, el artículo 14 el otro, y no hay caso intermedio.

40. La redacción del artículo 12 está también abierta a debate. Por su parte, ya ha expresado su oposición al término «procesal». Más grave es la cuestión de cómo una infracción del derecho nacional podría constituir por sí misma un acto internacionalmente ilícito. Ello parece contradecir tanto el espíritu como la letra de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos y, en particular, de su artículo 3.

41. No obstante, sus reservas con respecto a los artículos 12 y 13 se referían no a su redacción –que podría modificarse– sino a su función. En su opinión, esa función no existe. En consecuencia, lamentándolo mucho, como el Sr. Gaja y el Sr. Brownlie, no puede apoyar la propuesta del Relator Especial de que se remitan al Comité de Redacción los artículos 12 y 13, especialmente teniendo en cuenta que algunos pasajes del segundo informe que hacen comentarios al respecto podrían incorporarse sin duda a los comentarios de los artículos 10, 11 y 14.

42. El Sr. SIMMA solicita una aclaración de la observación hecha por el Sr. Pellet en el sentido de que es necesario hablar más de los efectos de la protección diplomática.

43. El Sr. PELLET dice que quizá debiera pensarse más en la cuestión de cuál es el momento en que se supone que un Estado ejerce la protección diplomática. El hecho de que un Estado ejerza la protección diplomática de una persona de doble nacionalidad, ¿impide al otro Estado del que sea nacional ejercer esa protección? Si la persona natural o jurídica dispone de recursos internacionales, ¿le impide el ejercicio de la protección diplomática, suponiendo que sea posible, valerse de cauces para acceder directamente al derecho internacional, o, a la inversa, impide una solicitud hecha a un órgano internacional que el Estado ejerza la protección diplomática?

44. El PRESIDENTE dice que el Sr. Simma y el Sr. Pellet parecen no estar de acuerdo sobre los aspectos formales del inicio del proceso de la protección diplomática. ¿Existe una línea que, una vez cruzada, tiene automáticamente consecuencias, o hay zonas grises en las que los dos países podrían ejercer lo que en su día sería una protección diplomática?

45. El Sr. PELLET dice que no existe verdadero desacuerdo, pero el Presidente tiene razón en que el problema consiste en determinar el momento a partir del cual un Estado ejerce la protección diplomática, y que probablemente haya zonas grises. El siguiente problema es determinar qué ocurre cuando un Estado ha ejercido la protección diplomática: ¿produce ello otro efecto que el de poner en movimiento mecanismos de reparación? ¿Impide, por ejemplo, que se adopten en el plano internacional determinadas medidas? Y, una vez determinado el momento, ¿se acaba definitivamente la cuestión? En su opinión, la respuesta es negativa, y sobre ese punto quisiera convencer al Relator Especial.

46. El Sr. PAMBOU-TCHIVOUNDA dice que las observaciones del Sr. Pellet sobre los efectos de la protección diplomática plantean la cuestión de si el Estado tiene un derecho discrecional a ejercerla. ¿Es sólo el Estado quien puede determinar el momento en que puede comenzar la acción internacional, o puede ser determinado ese momento por la ley? Las observaciones del Sr. Pellet responden también a las preocupaciones suscitadas por el Sr. Simma, es decir: una vez hecha la notificación, ¿cómo opera la maquinaria? ¿Qué queda comprendido y qué queda fuera?

47. El Sr. OPERTTI BADAN dice que debe examinarse la cuestión de si el principio general de la prevención, que es parte del derecho procesal, se aplica cuando un individuo tiene nacionalidad múltiple y, en consecuencia, múltiples fuentes de protección, aunque sea uno el Estado que ejerza la protección diplomática. Indudablemente, ese principio, que rige las acciones de conformidad con el derecho interno y según el cual la institución que conoce inicialmente de una cuestión la sigue hasta el final, se aplica también en derecho internacional.

48. El Sr. PELLET dice que su idea podía ilustrarse con el siguiente ejemplo: una persona tiene doble nacionalidad, uruguaya y francesa, y sufre un daño causado por el Gabón. El Uruguay es más rápido que Francia y ejerce la protección diplomática. ¿Impediría eso que Francia ejerciera la protección diplomática por derecho propio?

49. El Sr. BROWNLIE dice que el ámbito de debate para la cuestión de las modalidades de protección es amplio, pero quizá debería abordarse en el contexto del programa a largo plazo de la Comisión. El tema de que se ocupa el Relator Especial es ya suficientemente complejo y añadir más cuestiones difíciles quizá no sea una buena idea. En cuanto al principio de prevención, los Estados ejercen con frecuencia lo que podría llamarse protección diplomática anticipada: informan a los otros gobiernos de que, si se dan ciertas condiciones, podría ser necesario ejercer la protección diplomática en relación con sus nacionales cuyos intereses parecen amenazados por su Estado de acogida.

50. El Sr. SIMMA, refiriéndose al párrafo 16 del tercer informe, en el que el Relator Especial enumera las cuestiones a cuya incursión en el proyecto de artículos se opone, dice que no está de acuerdo en que deban excluirse. La primera de esas cuestiones es la protección funcional

por las organizaciones internacionales de sus funcionarios. Está de acuerdo con el Sr. Gaja en que se trata de un tema separado, pero es un tema que tiene vínculos con la protección diplomática, como demostró la CIJ en el asunto *Réparation*. La relación entre la protección funcional y la protección diplomática debe estudiarse muy detenidamente y es probable que haya que decir algo en el proyecto de artículos sobre la protección funcional.

51. El enfoque del Relator Especial parece ser decididamente generalista y tradicionalista, una protección diplomática purificada de todo lo que sea nuevo, y el orador no está convencido de que ese enfoque sea apropiado. Por ejemplo, el Relator Especial quiere excluir del proyecto de artículos toda mención del derecho del Estado de nacionalidad de un buque o aeronave a interponer una reclamación en nombre de la tripulación. El Sr. Gaja ha señalado ya el asunto *Saiga* ante el TIDM. Por su parte, se referirá al apartado *c* del proyecto de artículo 14 propuesto por el Relator Especial en su tercer informe, que dice que no será necesario agotar los recursos internos cuando no exista un vínculo voluntario entre el individuo lesionado y el Estado demandado. El proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas que la Comisión aprobó en su 53.º período de sesiones[19] incluía una disposición sobre la igualdad de acceso. En su opinión, eso significa que una persona que no tenga conexión voluntaria con Ucrania pero haya sido afectada por un incidente como el de Chernóbil podría utilizar los recursos internos de Ucrania si ésta los abriera a todos los nacionales de los países afectados por la contaminación transfronteriza del incidente. Es un caso muy tópico, que podría muy bien plantearse cada vez más en el futuro, incluso en conexión con el terrorismo patrocinado internacionalmente, pero el informe no se ocupa de él.

52. La tercera cuestión que la lista del Relator Especial quisiera excluir, el ejercicio por un Estado de la protección diplomática de un nacional de otro Estado que haya delegado ese derecho, debe incluirse claramente en el proyecto. Por su parte, no puede imaginar otra cuestión que pudiera ser más auténticamente parte de lo que la Comisión debería intentar hacer en su labor sobre la protección diplomática. Con respecto a la cuarta cuestión, el caso de que un Estado o una organización internacional administren o controlen un territorio, está de acuerdo con el Sr. Gaja y el Sr. Pellet en que hay que distinguir entre una organización internacional que administre un territorio, que se aproxima más a la protección funcional y que, en consecuencia, debe dejarse de lado de momento, y el caso de un Estado que administre un territorio distinto del propio cuando podrían surgir cuestiones de protección diplomática, al que debería dedicarse más estudio.

53. El Sr. CANDIOTI dice que la Comisión ha venido aplicando un enfoque general del tema, centrándose en las normas de nacionalidad y el agotamiento de los recursos internos, pero cree recordar que al comienzo de los trabajos se mencionó la doctrina de las «manos limpias». ¿Debe mencionarse en el proyecto de artículos o se debe excluir, a fin de determinar hasta dónde quiere llegar la Comisión en su labor de codificación?

[19] *Anuario... 2001*, vol. II (segunda parte), párr. 97.

54. El Sr. TOMKA, refiriéndose al ejemplo del Sr. Simma relativo al incidente de Chernóbil, dice que en esos casos de protección diplomática hay una suposición subyacente de que se ha producido una infracción del derecho internacional. El incidente de Chernóbil, sin embargo, produjo daños causados por actividades legítimas. El Sr. Simma ha mencionado igualmente el proyecto de artículos sobre prevención de daños transfronterizos, pero esos artículos se refieren a actividades no prohibidas por el derecho internacional y tienen por objeto hacer frente al riesgo que esas actividades pueden crear.

55. El Sr. PELLET dice que su impresión es que el Sr. Simma ha planteado el incidente de Chernóbil en un contexto más teórico, preguntándose si el hecho de que Ucrania no ofreciera recursos internos a los extranjeros constituiría una infracción del derecho internacional. Chernóbil es una cuestión bastante compleja y contemporánea, y es posible que hubiera un incumplimiento de la obligación de prevención por parte de Ucrania.

56. El Sr. SIMMA dice que lo que quería señalar era que otros campos próximos del derecho internacional podrían resultar pertinentes en relación con el tema de la protección diplomática. En el caso de la contaminación transfronteriza, por ejemplo, si existen recursos a disposición de la población local pero no de los extranjeros, ello afectará al tema de la protección diplomática y, concretamente, al apartado *c* del proyecto de artículo 14. Si hay recursos internos a disposición de los extranjeros, que prefieren no utilizarlos, y su Estado de nacionalidad ejerce la protección diplomática en su nombre, el Estado vecino podría alegar que había ofrecido todos los recursos internos necesarios pero nadie se había molestado en presentar una reclamación ante esos tribunales.

57. El Sr. DUGARD (Relator Especial), ofreciendo una respuesta preliminar a las observaciones hechas hasta entonces y confiando en estimular el debate, agradece al Sr. Gaja que haya calificado su informe de innovador. El Sr. Simma, en cambio, parece estimar que el Relator Especial ha adoptado un punto de vista muy tradicionalista y ortodoxo. El Sr. Gaja ha sugerido que las cuestiones que, por su parte, quisiera excluir del proyecto de artículos podrían mencionarse en el comentario, y está totalmente de acuerdo.

58. Los miembros recordarán que la delegación del derecho de ejercer la protección diplomática a que se refiere el apartado *c* del párrafo 16 de su tercer informe, se trata en parte en el contexto de la nacionalidad continua, y se ha expresado la opinión de que debería tratarse más detenidamente en el artículo 9. Está de acuerdo, y por eso no ha querido dejarse arrastrar por un debate más amplio en el contexto del artículo 14. La doctrina de las «manos limpias» se tratará en el artículo 5 o, posiblemente, en su comentario: se subrayará que un Estado sólo podrá presentar una reclamación cuando su nacional sea nacional de buena fe.

59. El Sr. Pellet ha expresado cierta sorpresa por el hecho de que la cuestión de la denegación de justicia haya vuelto a plantearse. Su propia opinión es que todas las cuestiones que queden claramente comprendidas en la esfera de la protección diplomática, en particular desde la perspectiva tradicional, deben tenerse en cuenta. En la

etapa actual, no es partidario de incluir un artículo sobre la denegación de justicia, por las razones que ha aducido, entre otros, el Sr. Pellet. Sin embargo, la denegación de justicia y la cláusula Calvo han figurado de forma destacada en la evolución de la protección diplomática, especialmente en América Latina, y varios de los miembros de la Comisión procedentes de esa región han planteado reiteradamente la cuestión. La Comisión debe adoptar una decisión sobre si incluye el tema o no, y eso es lo que él ha suscitado.

60. En cuanto al debate acerca de si la norma sobre los recursos internos es de carácter sustantivo o procesal, la distinción no le interesa especialmente, como ha sugerido el Sr. Brownlie, aunque ha encontrado interesante y está de acuerdo con él en que no es un marco general para estudiar la protección diplomática. Como el propio Sr. Brownlie ha señalado, sin embargo, no es posible eludir totalmente la cuestión del agotamiento de los recursos internos, por una serie de razones. Figura destacadamente en la primera parte del proyecto de artículos de Ago sobre la responsabilidad del Estado, aprobada provisionalmente por la Comisión en primera lectura en su 32.º período de sesiones[20], concretamente en su artículo 22, y en toda la literatura jurídica sobre la norma de los recursos internos. Tiene consecuencias prácticas. En el asunto *Phosphates du Maroc*, la CIJ se ocupó del momento en que se produjo el acto internacionalmente ilícito. La cuestión se suscita también con respecto a la nacionalidad de las reclamaciones, porque el extranjero lesionado tiene que ser nacional del Estado de que se trate en el momento en que se produce el daño. ¿Cuándo se produce ese daño, en el momento en que se comete el acto o cuando se agotan los recursos internos? La renuncia presenta dificultades, y el Sr. Gaja ha aducido un argumento que indudablemente merece ser considerado.

61. Está dispuesto a admitir que los artículos 12 y 13 no están bien redactados, pero la Comisión no podría abandonar la cuestión del agotamiento de los recursos internos. Tiene que decidir en qué momento surge la responsabilidad internacional en ese contexto. Por su parte, insta a los miembros a que se pronuncien sobre la cuestión durante el debate.

62. El Sr. BROWNLIE dice que el Relator Especial no ha examinado sus críticas con suficiente detención. Lo que él dijo sobre la distinción entre procedimiento y fondo no fue que esa distinción no debería hacerse, sino que no ofrecía una base para el debido examen de la protección diplomática. El Relator Especial no ha hecho referencia alguna a las cuestiones de políticas que él planteó, ni a las tres razones que mencionó y que eran realmente el sentido de su declaración.

63. El Sr. DUGARD (Relator Especial) recuerda que ha dicho que estaba dando una respuesta provisional y transitoria al debate realizado hasta la fecha, a fin de facilitar su continuación. No ha tratado de abordar todos los argumentos importantes presentados, pero lo hará en una ocasión futura.

[20] *Anuario... 1980*, vol. II (segunda parte), págs. 25 a 61.

Organización de los trabajos del período de sesiones ***(continuación)***

[Tema 2 del programa]

64. El Sr. YAMADA (Presidente del Comité de Redacción) anuncia que, habiendo tomado nota de los deseos de los miembros y de la necesidad de una representación equitativa de regiones e idiomas, se ha decidido que el Comité de Redacción para el tema de la protección diplomática se componga de los siguientes miembros: Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Momtaz, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Rosenstock, Sr. Simma, Sra. Xue, Sr. Dugard (Relator Especial) y Sr. Kuznetsov (Relator, de oficio). Los miembros de la Comisión no nombrados para el Comité tendrán derecho a asistir a sus reuniones, siempre que se muestren comedidos en sus contribuciones al procedimiento.

Se levanta la sesión a las 13.00 horas.

2713.ª SESIÓN

Miércoles 1.º de mayo de 2002, a las 10.00 horas

Presidente: Sr. Robert ROSENSTOCK

Miembros presentes: Sr. Addo, Sr. Al-Marri, Sr. Baena Soares, Sr. Brownlie, Sr. Candioti, Sr. Chee, Sr. Comissário Afonso, Sr. Daoudi, Sr. Dugard, Sra. Escarameia, Sr. Fomba, Sr. Gaja, Sr. Galicki, Sr. Kabatsi, Sr. Kateka, Sr. Kemicha, Sr. Kuznetsov, Sr. Mansfield, Sr. Momtaz, Sr. Niehaus, Sr. Opertti Badan, Sr. Pambou-Tchivounda, Sr. Pellet, Sr. Rodríguez Cedeño, Sr. Simma, Sr. Tomka, Sra. Xue, Sr. Yamada.

Protección diplomática[1] *(continuación)* (A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, secc. C, A/CN.4/523 y Add.1[3], A/CN.4/L.613 y Rev.1)

[Tema 4 del programa]

INFORMES SEGUNDO Y TERCERO DEL RELATOR ESPECIAL *(continuación)*

1. El Sr. SIMMA dice que hablará sobre tres puntos. Los dos primeros se abordaron en la sesión anterior: se trata de la norma de las «manos limpias» y del concepto

[1] Véase el texto de los proyectos de artículos 1 a 9 propuestos por el Relator Especial en su primer informe en *Anuario... 2000*, vol. I, 2617.ª sesión, párr. 1.

[2] Véase *Anuario... 2001*, vol. II (primera parte).

[3] Reproducido en *Anuario... 2002*, vol. II (primera parte).